

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El 9 de julio de 2016, Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga (en adelante, indistintamente, "CMM", "la reclamante" o "el titular"), representada por Ximena Matas Quilodrán, interpuso reclamación en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA") y 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"), en contra de las Resoluciones Exentas N° 234, de 17 de marzo de 2016 (en adelante, "Resolución Exenta N° 234/2016") y N° 571, de 23 de junio de 2016 (en adelante, "Resolución Exenta N° 571/2016"), ambas dictadas por el Superintendente del Medio Ambiente, en virtud de las cuales se sancionó a CMM con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda.

El 13 de julio de 2016 la reclamación fue declarada admisible, asignándosele el Rol R N° 118-2016.

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN

El "Proyecto Minero Refugio" (en adelante, también, "el proyecto"), consiste en el desarrollo de operaciones extractivas y de procesamiento de minerales auríferos de baja ley y gran tonelaje, cuya faena principal se encuentra a una altura entre 4.200 y 4.600 m.s.n.m., en la comuna de Tierra Amarilla, en la denominada "Franja Aurífera de Maricunga", en la Región de Atacama.

El Proyecto requiere agua para las distintas fases del proceso de la faena minera, siendo el consumo medio autorizado de 95 litros por segundo (L/s). Para estos efectos, el agua se extrae de un campo de pozos (pozos RA-1,

RA-2 y RA-3) ubicado en el sector de Pantanillo, específicamente en el área del Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, que a su vez se localiza en la sub-cuenca de la Quebrada Ciénaga Redonda, aguas arriba de los humedales Pantanillo, Valle Ancho, Barros Negros y Ciénaga Redonda. Este sector se ubica dentro del Sitio Ramsar Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y contiguo al Parque Nacional Nevado Tres Cruces, unidad que forma parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado.

El proyecto recibió su primera autorización de funcionamiento en el año 1994, mediante la Resolución de Calificación Ambiental N° 2, de 14 de diciembre de 1994 (en adelante, "RCA N° 2/1994"), de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama. Posteriormente, diversas modificaciones y optimizaciones del proyecto original -7, en concreto- fueron calificadas favorablemente, dictándose las correspondientes Resoluciones de Calificación Ambiental.

En base a una denuncia de la Secretaría Regional Ministerial (en adelante, "SEREMI") del Medio Ambiente de Atacama, de 7 de julio de 2014, la SMA inició una investigación de los hechos denunciados, en septiembre de 2014, relativa a una eventual afectación de humedales altoandinos, ubicados dentro del Sitio Ramsar Complejo Lacustre Laguna Santa Rosa y Laguna del Negro Francisco.

El procedimiento sancionatorio se inició con la formulación de cargos mediante la Resolución Exenta N° 1/D-014-2015, de 5 de mayo de 2015.

El cargo formulado por la SMA en contra de CMM fue el siguiente: *"La omisión de ejecutar las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos ambientales no previstos, consistentes en la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de, al menos, 70 ha. de humedales ubicados en el*

Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, y el riesgo inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 ha. adicionales de humedales, no obstante encontrarse implementada la medida de conexión de los pozos de extracción con las vegas de Pantanillo, contemplada en la Resolución de Calificación Ambiental que autoriza el proyecto".

La Resolución Exenta N° 234/2016, sancionó a CMM con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua RA-1, RA-2 y RA-3, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 letra c) de la LOSMA. En virtud de esta sanción, el Proyecto Minero Refugio no puede utilizar en su operación futura aguas que recarguen el acuífero del cual dependen los humedales de aquel Corredor Biológico.

En contra de la resolución sancionatoria, CMM interpuso un recurso de reposición, solicitando dejar sin efecto la sanción o, en su defecto, su enmienda conforme a derecho, adecuando la sanción impuesta en los términos solicitados. A juicio de la reclamante, la sanción resultaba imposible de ser aplicada en los términos dictados, tanto por razones jurídicas como técnicas. Por tales motivos, se solicitó al Superintendente del Medio Ambiente, reconsiderar su decisión reformulando la sanción impuesta, para permitir a CMM dar cumplimiento a sus obligaciones ambientales y mineras, sin poner en riesgo al medio ambiente por la ocurrencia de algún evento. Por medio de la Resolución Exenta N° 571/2016, la SMA resolvió acoger el recurso de reposición interpuesto, adecuando la sanción de clausura definitiva impuesta mediante la Resolución Exenta N° 234/2016, conforme a lineamientos técnicos que determinaron la forma, requisitos y condiciones y gradualidad en la implementación de la sanción. Dentro de dichos lineamientos se tuvo en cuenta la suspensión de incorporación de cianuro a las pilas, el inicio del lavado, la cantidad de agua requerida, el período de lavado y el

límite objetivo de cianuro en las mismas. Asimismo, se indicaron diversas medidas de seguimiento y control.

II. DEL PROCESO DE RECLAMACIÓN JUDICIAL

A fojas 413, CMM interpuso ante el Tribunal una reclamación impugnando la Resolución Exenta N°234/2016, modificada por la Resolución Exenta N°571/2016, ambas del Superintendente del Medio Ambiente, solicitando que se acoja en todas sus partes, declarando la ilegalidad de ambas resoluciones, con expresa condena en costas de la reclamada.

A fojas 588, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada de conformidad con la ley.

A fojas 590, CMM solicitó al Tribunal un pronunciamiento sobre la exigibilidad de los efectos derivados de la Resolución Exenta N° 234/2016. El Tribunal, a fojas 599, resolvió, rechazó la solicitud por improcedente.

A fojas 601, la SMA solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe.

A fojas 603, CMM interpuso reposición con apelación en subsidio en contra la resolución de fojas 599 que desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre la exigibilidad de los efectos derivados de la Resolución Exenta N° 234/2016.

A fojas 621, la reclamada evacuó su informe, solicitando en definitiva rechazar el reclamo en todas sus partes, declarando que las Resoluciones Exentas N° 234/2016 y N° 571/2016 son legales y fueron dictadas conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

A fojas 716, el Tribunal resolvió no ha lugar al recurso de reposición con apelación subsidiaria deducido por CMM en contra de la resolución de fojas 599.

A fojas 718, se tuvo por evacuado en tiempo y forma el informe de la reclamada, quedando la causa en estado de relación, fijándose fecha para la vista de la causa, el día 20 de septiembre de 2016.

A fojas 719, CMM solicitó tener por objetado el documento acompañado por la SMA en el numeral tercero del primer otrosí de su escrito de fojas 621 y, en subsidio, tener presente las observaciones señaladas.

A fojas 733, el Tribunal resolvió no ha lugar a lo solicitado, y en cuanto a la solicitud subsidiaria, se tuvo presente.

A fojas 734, la SMA solicitó la exhibición del Informe *Formation III*, y los documentos que den cuenta sobre la información y metodología utilizadas, así como las conclusiones de dicho informe.

A fojas 775, CMM solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución Exenta N° 234/2016 y de la Resolución Exenta N° 571/2016, y acompaña documentos, con citación.

A fojas 794, el Tribunal dio traslado a la solicitud de exhibición de documentos. Asimismo, dio traslado a la solicitud de fojas 755 y tuvo por acompañados los documentos ofrecidos en la misma presentación, con citación.

A fojas 795, la SMA evacuó el traslado conferido mediante resolución de fojas 794.

A fojas 819, CMM evacuó traslado respecto de la exhibición de documentos solicitada por la SMA, acompañando el documento denominado Informe *Formation 2016 III*.

A fojas 822, las partes solicitaron de común acuerdo y en forma conjunta la suspensión de la vista de la causa. Por medio de resolución de fojas 824, el Tribunal procedió a la

suspendió solicitada, fijándose nueva fecha para el día 11 de octubre de 2016.

A fojas 825, el Tribunal resolvió no ha lugar a la solicitud de suspensión jurisdiccional de los efectos de las resoluciones Exentas N° 234/2016 y N° 571/2016 solicitada por la reclamante a fojas 775.

A fojas 828, CMM dedujo recurso de reposición en contra de la resolución de fojas 825.

A fojas 834, rola el acta de la audiencia de exhibición de documentos.

A fojas 836, el Tribunal resolvió no ha lugar a la reposición interpuesta a fojas 828.

A fojas 838, el Tribunal, resolviendo la oposición de la reclamante a la exhibición de documentos, ordenó a CMM acompañar aquellos que daban cuenta de la información y metodologías utilizadas para la confección del Informe *Formation 2016 III*.

La vista de la causa se realizó el 11 de octubre de 2016. Alegaron en estrado los abogados Juan José Eyzaguirre Lira, por la reclamante, y Emanuel Ibarra Soto, por la reclamada. La causa quedó en estudio a partir de su vista, según consta del certificado de fojas 844.

A fojas 1193, CMM -en cumplimiento de lo ordenado- acompañó diversos documentos. El Tribunal, a fojas 1195, tuvo por cumplido lo ordenado, y por acompañados los documentos, con citación. A fojas 1198, la SMA observó los documentos y propuso una medida para mejor resolver, consistente en acompañar al expediente judicial el Informe de Fiscalización Ambiental, a lo que el Tribunal negó lugar según resolución de fojas 1203.

A fojas 1204, el Tribunal decretó de oficio y como diligencia probatoria, la inspección personal para el día 28 de noviembre de 2016, cuya acta rola a fojas 1207.

El 28 de diciembre de 2016 la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en resolución que rola a fojas 1210.

III. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN Y DEL INFORME

Conforme a los fundamentos de la reclamación y a las alegaciones y defensas del informe de la reclamada, las materias controvertidas en autos son las siguientes:

1. EN RELACIÓN A LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 234/2016

A. Infracciones a las directrices, principios y normas del Derecho administrativo sancionador

i. Sobre la precisión y claridad del cargo formulado

CMM se refiere primeramente a la naturaleza de la sanción administrativa de "cierre definitivo", señalando al efecto que responde a una manifestación del *ius puniendi* estatal, por lo que deberían observarse, con matices, las garantías y principios rectores del Derecho penal.

Acto seguido, CMM afirma que la SMA debe ejercer su potestad sancionadora con pleno respeto y sujeción a las normas y garantías del Título II de la Ley N° 19.880, al Código Penal y a la Constitución Política de la República, destacando, los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso, presunción de inocencia, sana crítica y aquel que sostiene que el supuesto infractor sólo puede ser condenado "[...] si la Superintendencia adquiere convicción de la falta más allá de toda duda razonable", muchos de los cuales no habrían sido respetados por el ente fiscalizador.

En ese contexto, la reclamante denuncia vicios en el procedimiento sancionatorio. Primeramente, se alega la falta de precisión y claridad del cargo formulado por la SMA, debido al hecho infraccional consistente en el "[...] incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental", conforme al artículo 35 letra a), de la LOSMA.

Las condiciones, normas y medidas incumplidas, por su parte, serían las contempladas en el resuelvo 2 de la RCA N° 2/1994, en relación al Capítulo 6 del Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, "EIA") del proyecto original; en el considerando 7 de la RCA N° 4/2004; en el considerando 11 de la RCA N° 268/2009; y en el considerando 9 de la RCA N° 45/2011.

En atención a la alegada imprecisión del cargo formulado, vulnerando con ello el debido proceso, CMM afirma que se vio en la necesidad de "[...] acusar infracción al principio *non bis in idem* respecto de los hechos imputados como constitutivos de infracción de la vega Pantanillo", respecto de los cuales había sido objeto de un proceso sancionatorio sustanciado por la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Atacama, con anterioridad a que la SMA ejerciera sus facultades sancionatorias.

La reclamante afirma que la confusión en torno al cargo formulado se habría aclarado recién con la resolución sancionatoria que se refiere a la afectación del humedal Valle Ancho, y no al humedal Pantanillo. La falta de referencia explícita al humedal afectado en el cargo respectivo se evidenciaría todavía más, según CMM, si se tiene en cuenta que el cargo, en su parte final, hace referencia expresa a la vega Pantanillo, donde señala que "[...] no obstante encontrarse implementada la medida de conexión de los pozos de extracción con las vegas de Pantanillo, contemplada en la RCA que autoriza el proyecto".

Sobre la formulación precisa de los cargos, la reclamada cita jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República, la Ley N° 18.041 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y, en particular, el artículo 49 de la LOSMA que dispone que el procedimiento sancionatorio se iniciará con una "[...] *formulación precisa de los cargos*" y que la misma "[...] *señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción*".

La imprecisión del cargo formulado en este caso, a juicio de la reclamante, se evidencia al i) no identificar el límite geográfico dentro del que sería jurídicamente procedente iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del titular del proyecto, o bien ii) al no respetar el existente.

Señala que es la RCA la que determina la "extensión" de la responsabilidad que recae sobre el titular del proyecto, extensión que estaría en función de las nociones de línea de base y área de influencia, concluyendo que, fuera de ésta el titular de una RCA no tiene ninguna obligación de cuidado especial. Según la reclamante, si bien las conductas desplegadas fuera del área de influencia pueden provocar daño ambiental, o bien otra conducta regulada por el ordenamiento jurídico, no constituyen infracción a las resoluciones de calificación ambiental que autorizan el funcionamiento. Esto sería evidente para la reclamante si se tiene presente la distancia -más de 5 kilómetros en línea recta- entre la zona en que se realizan las actividades mineras y la zona del Valle Ancho.

Por su parte, la SMA afirma que tramitó un procedimiento sancionatorio guardando y respetando todas las garantías reconocidas por la normativa vigente. Niega que la LOSMA no se refiera a las garantías procedimentales del procedimiento sancionatorio, bastando para ello revisar el Título III de la misma y que, por tanto, es un error sostener que en ausencia

de norma administrativa "[...] deba necesariamente recurrirse a la norma penal".

En cuanto a los principios supuestamente infringidos, la SMA señala, en primer término, que la sana crítica, en rigor, no se trata de un principio sino de un sistema de apreciación de la prueba. Luego se refiere a que la alusión de la reclamada a la "[...] convicción de la falta más allá de toda duda razonable", como regla de apreciación de la prueba, es un error por cuanto la duda razonable refiere a un "estándar de prueba". Por último, afirma que CMM confunde principios con reglas, y que lo aplicable del Derecho penal serían los primeros y no las últimas.

En cuanto a la supuesta imprecisión del cargo formulado, la SMA sostiene que es claro que el hecho infraccional del cargo imputa una omisión consistente en no haber actuado adoptando las acciones necesarias para hacerse cargo de los impactos no previstos del proyecto, y que éstos están descritos como la disminución del nivel freático en la cuenca Pantanillo-Ciénaga Redonda y el consecuente desecamiento de al menos 70 hectáreas de humedales ubicados en el Complejo Lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa. Además, el cargo señala las normas infringidas, las que se refieren a la obligación de monitoreo, de información y de adoptar acciones necesarias.

Adicionalmente, según la SMA, la argumentación de CMM no se condice con las presentaciones por ésta realizadas durante la tramitación del procedimiento sancionatorio, las que revelarían que era claro que lo afectado era el humedal Valle Ancho. Igualmente evidente resultaba el lugar afectado, tanto por lo dispuesto en el informe de fiscalización como por el contenido de diversos ordinarios de los organismos sectoriales, en particular de CONAF.

Por último, alega que CMM no hizo referencia alguna a la falta de precisión del cargo en sus respectivos descargos y

que, por el contrario, siempre supo el cargo que se le estaba imputando y los antecedentes en que se fundaba. Consecuentemente, la SMA señala que del tenor de su defensa es evidente que la empresa entendía que la afectación involucrada era respecto del humedal Valle Ancho. A mayor abundamiento, dice la SMA, "[...] podría estimarse que lo presentado por la empresa es una vulneración al principio de congruencia, el cual se encuentra reconocido expresamente en los artículos 49 inciso 2° y 54 inciso 3° de la LOSMA".

ii. Sobre la incorporación tardía de información técnica, sin oportunidad para debatirla

La reclamante afirma que la incorporación por parte de la SMA de información técnica fundante del cargo con posterioridad a los descargos, sin que haya tenido oportunidad real de rebatirlos, vulneró el debido proceso y la bilateralidad de la audiencia en materia sancionatoria.

En ese contexto, afirma que, en cierta forma, la formulación de cargos fija el contenido no solo de la acusación sino del alcance de ésta. Por lo tanto, señala, "[...] agregar con posterioridad a la formulación de cargos información técnica especial para justificar la procedencia del cargo, en la práctica transgrede el derecho a defensa del imputado al restringir sustantivamente el tiempo de respuesta que aquel tiene para presentar descargos y limita las posibles líneas estratégicas a utilizar".

Al respecto, la SMA señala que la incorporación de información técnica, relativa a tres informes incorporados al expediente con posterioridad a la formulación de cargos, no supuso una "reformulación de cargos" ni hechos nuevos, sino que se trata de medios probatorios, agregados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la LOSMA. Por lo demás, señala que dichos informes fueron puestos en conocimiento de la empresa, concediendo incluso, en algunos casos, ampliación de plazo para observarlos.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

**B. Sobre la configuración de la infracción imputada por la
SMA a CMM**

En cuanto a las razones esgrimidas por la reclamante en relación a la configuración de la infracción imputada por la SMA, se argumentan tres cuestiones diversas.

i. Sobre los impactos no previstos

En primer lugar, CMM afirma que en el caso de autos no procede aplicar la institución de impactos no previstos, porque no se encontraría en una posición de garante ni de cuidado especial respecto de la vega Valle Ancho. Los impactos no previstos, de acuerdo con la reclamante, deben entenderse a la luz de los conceptos de línea de base y área de influencia, que desarrolla al efecto.

Señala que la Ley N° 19.300 contiene una instancia administrativa especial para conocer variaciones sustantivas que pudieren experimentar las variables ambientales evaluadas durante el proceso de evaluación de un proyecto determinado, contemplada en el artículo 25 quinquies, siendo competentes al efecto la Comisión de Evaluación respectiva o el Director Ejecutivo, en su caso, pero no la SMA.

Por lo anterior, a CMM le resulta evidente que "[...] intentar sancionar por omitir adoptar una medida para hacerse cargo de un eventual impacto no previsto, que por su esencia no está incorporado en la RCA respectiva, y fuera del área de influencia allí regulada carece de todo sustento legal". Sostiene, además, que actuando por iniciativa propia, propuso a la autoridad el inicio de un procedimiento administrativo en el marco del referido artículo 25 quinquies, y que la autoridad no perseveró en aquello. La reclamante concluye que no se encuentra en condición de garante respecto de lo que suceda en la vega Valle Ancho.

Frente a esta imputación, la SMA alega que CMM omite en su argumentación el fundamento legal en virtud del cual se le formuló cargo, a saber, que las respectivas RCA contienen la obligación de asumir las acciones necesarias para enfrentar los impactos no previstos, controlarlos y mitigarlos. Por otro lado, niega que la hipótesis del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 sea la única forma de abordar los impactos no previstos.

Según la SMA, la figura de los impactos no previstos está regulada y reconoce diversos niveles y oportunidades a través de distintas instituciones: i) de forma preventiva, antes que el impacto ocurra, en el mismo procedimiento de evaluación ambiental mediante el reconocimiento de la posibilidad material de su acaecimiento, seguido de medidas y condiciones al efecto, y ii) de forma reactiva o correctiva, cuando éstos hayan ocurrido, tanto mediante la adopción de medidas urgentes y transitorias adoptadas por la misma SMA, como a través de la revisión de la RCA según lo dispuesto en el artículo 25 quinquies antes referido. Todo lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de la potestad sancionatoria, cuando los titulares incumplan las obligaciones que su propia RCA determinó respecto de los mismos.

Sobre el particular, la SMA señala que, *"En relación con las condiciones de carácter abierto, como lo es la obligación de adoptar medidas en el caso del acaecimiento de impactos ambientales no previstos, ellas encuentran sustento, entre otros, en el denominado principio o enfoque precautorio"*, así como en el principio de responsabilidad. Aquel, por cuanto la ausencia de certeza científica o desconocimiento de las variables ambientales, no es pretexto para postergar la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro ambiental. Éste, por su parte, informa que es el propio titular quien debe prevenir, precaver o eliminar la contaminación que los procesos productivos ocasionen; es

decir, asumir la carga económica que estas acciones puedan conllevar.

Al respecto, la reclamada cita una sentencia de la Corte Suprema que señala que en el evento de que la RCA de un proyecto contemple obligaciones referidas a impactos no previstos, éstas son: i) exigibles a la empresa; ii) fiscalizables por la SMA; y iii) en caso de incumplimiento de las mismas, susceptibles de sanción (STC, Rol de ingreso N° 5838-2015). Por lo tanto, la SMA sería competente para determinar la existencia de impactos no previstos y fiscalizar las obligaciones asociadas a los mismos, "[...] analizando también la idoneidad de las medidas que se adoptaron".

En cuanto al área de influencia, la SMA niega que la definición entregada por la compañía o la forma por ella entendida, implique un "[...] cierre en la responsabilidad y deber de cuidado del titular". Afirma, por su parte, que el impacto no previsto acaeció primeramente dentro del área de influencia, mientras que sus efectos, consecuencias o manifestaciones, se extendieron hasta áreas comprendidas fuera de ella. Por consiguiente, el área de influencia del proyecto no limita la responsabilidad de CMM de actuar e informar frente a impactos no previstos y que éstos en todo caso no se encuentran ajenos al área de influencia del proyecto. Los descensos de los niveles freáticos se constataron en el sector del Campo de Pozos Pantanillo, situado dentro del área de influencia del proyecto, afectando con el tiempo el sector que sigue aguas abajo, hasta el humedal Valle Ancho. "Esto implica que el impacto ambiental determinado tiene su origen dentro del área de influencia del proyecto, extendiendo sus efectos ambientales más allá". Por ello, afirma el ente fiscalizador, "[...] no puede señalarse para el presente caso que el impacto ambiental es ajeno al área de influencia, tal como pretende la reclamante".

ii. Sobre el principio de la confianza legítima

En segundo lugar, el titular del proyecto afirma que el actuar de la SMA atenta contra el principio de la confianza legítima, según el cual no es dable a la Administración generar situaciones jurídicas desfavorables para los administrados que han obrado de acuerdo a las legítimas expectativas, las que según la reclamada, vinculan a la Administración y por lo mismo no podrían "ser defraudadas sin más". La confianza legítima, en este sentido, sería una variación del principio de no contradicción con los actos propios. Cita en apoyo de su afirmación, jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

En ese contexto, señala que en numerosos actos emanados de la Autoridad ambiental y de otras autoridades sectoriales, posteriores a la RCA N° 2/1994, "[...] jamás ha existido un pronunciamiento o cuestionamiento en torno a la potencial afectación por parte del Proyecto respecto de la vega Valle Ancho". Al respecto, añade que si efectivamente el impacto imputado a las actividades de la compañía "[...] ya se vislumbraba desde el año 1995 como asevera la autoridad, simplemente no se entiende por qué no fue materia de la discusión técnica en las siete evaluaciones ambientales subsecuentes, o bien, en su caso, de un proceso de revisión de la RCA en virtud de la aplicación del artículo 25 quínties [...].

Al respecto, la SMA afirma que, de aceptarse la argumentación de la reclamante, "[...] cada vez que exista un impacto no previsto, que genera obligaciones para el titular del proyecto, se estaría afectando la confianza legítima, ya que evidentemente, ningún órgano de la administración del Estado pudo "prever" el respectivo impacto".

Para la SMA, desde el momento que la ley reconoce la figura de los impactos no previstos, y la RCA del proyecto exige

informar y adoptar las medidas correspondientes, no puede existir una legítima expectativa del titular de que la ejecución del proyecto no podrá provocar este tipo de impactos ambientales y que por lo mismo no tendría obligaciones a ese respecto. Así, frente a esta clase de impactos, el deber de diligencia aumenta y el titular debe estar "atento" ante posibles perturbaciones que la actividad del proyecto pueda tener sobre el medio ambiente.

iii. Sobre la debida diligencia de CMM y el desarrollo de todas las actividades ejecutadas dentro del área de influencia

En tercer lugar, CMM afirma que no incurrió en omisiones sino que, por el contrario, actuó con la debida diligencia buscando una solución a la problemática existente en el área de influencia del proyecto. Así lo demostrarían las actuaciones, presentaciones, reuniones, estudios y gestiones realizados durante los últimos años por el titular del proyecto. Alega que la situación que afectaba a Pantanillo fue informada al SEA de la Región de Atacama en septiembre del año 2012, antes del inicio de las visitas de fiscalización. Señala, que venía informando a las autoridades que, desde el año 2008, el punto de monitoreo en el sector Pantanillo presentaba condiciones de sequedad en los meses de verano y que por lo mismo procedió a implementar la medida dispuesta en el EIA y en la RCA del proyecto, consistente en el riego del área afectada mediante una tubería que conducía agua desde el pozo RA-1.

Por último, la SMA responde a las afirmaciones de CMM relativas a que habría actuado diligentemente según demostrarían las acciones ejecutadas dentro del área de influencia del proyecto, señalando que el conjunto de acciones aludidas por el titular se refieren únicamente al humedal Pantanillo, no habiendo realizado acción alguna sobre el "daño ambiental" provocado en el humedal Valle Ancho, y

que, en todo caso, aquellas realizadas en relación al humedal Pantanillo, no fueron en ningún caso oportunas y eficaces.

C. Sobre la proactividad de CMM en orden a lograr implementar medidas ambientales para revertir efectos sobre el área de influencia del proyecto

El tercer argumento esgrimido por CMM se refiere a la proactividad de la empresa en orden a lograr implementar medidas ambientales para revertir los efectos sobre el área de influencia del proyecto, enumerando y desarrollando los distintos documentos presentados. Asimismo, afirma haber sostenido un diálogo con diversos órganos sectoriales y con la autoridad ambiental, destacando las reuniones y gestiones para requerir la aplicación del proceso de revisión de las RCA conforme al artículo 25 quinquies. A este respecto, sostiene que, por circunstancias que desconoce, la autoridad decidió no iniciar tal procedimiento.

Por otra parte, CMM agrega que se ha visto impedida jurídicamente de implementar medidas tendientes a evitar la supuesta generación de impactos no previstos. Alega falta de voluntad por parte de la Autoridad, particularmente de CONAF en orden a perseguir activamente una solución a la situación de afectación ocurrida en la vega Pantanillo. A su juicio, el cargo asociado a la omisión en la adopción de medidas es completamente alejado de la realidad y por ende constituye una ilegalidad que el Tribunal debe corregir.

En el marco del procedimiento sancionatorio iniciado en su contra, CMM indica que presentó una carta al SEA, con fecha 16 de diciembre de 2013, en la que describe la propuesta de medidas expuesta ante la Comisión de Evaluación, documento denominado "Medidas propuestas para la restauración vegetal de vega Pantanillo". Agrega que dicha propuesta fue distribuida por el SEA a los servicios competentes. Así, señala que CONAF se pronunció sobre las acciones propuestas, por medio del Oficio Ordinario N°7, de 9 de enero de 2014, e

indicó que no era posible analizar y evaluar las actividades planteadas, por insuficiencia de los antecedentes, señalando lo que se debía incluir en opinión del organismo. Asimismo, refiere que CONAF informó al SEA de la Región de Atacama, a través del Oficio Ordinario N° 16, de 21 de enero de 2014, que las medidas propuestas eran de carácter investigativo y experimental, no de recuperación, motivo por el cual, aunque se pronuncia favorablemente establece un conjunto de condiciones y plazos para su implementación. En su concepto, quedó en la imposibilidad jurídica de efectuar labores materiales tendientes a la recuperación del área afectada. Agrega que el 22 de enero de 2014, dio respuesta a las solicitudes realizadas por CONAF, por medio de una carta, entregando información complementaria asociada en lo principal a estudios hidrogeológicos realizados por la consultora *Golder Associates*. Asimismo, sostiene que el 7 de febrero de 2014, entregó un memorando técnico realizado por la misma consultora, dando respuesta y presentando todos los requerimientos realizados por CONAF. Con posterioridad, alude a una carta remitida el 25 de febrero de 2015, por el Jefe de Áreas Silvestres Protegidas de CONAF, por medio de la cual solicita a CMM complementar la información ya entregada.

A lo anterior, la SMA replica señalando que en su concepto la conducta de la empresa estuvo lejos de ser diligente, comenzando por informar la desecación del humedal Pantanillo, 10 años después de su ocurrencia. En cuanto a la solicitud de revisión conforme al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300 hecha por la empresa al MMA, esta habría sido solo verbal, no existiendo registro alguno a ese respecto, y que, la supuesta "proactividad y diligencia" de CMM dice relación con el humedal Pantanillo que no es objeto de cargos.

Por su parte, en respuesta a la supuesta "imposibilidad jurídica" de adoptar las medidas, la SMA destina un apartado dirigido a explicar cuáles eran las obligaciones de CMM al momento de conocer la "generación" de impactos no previstos. En cuanto al momento, el ente fiscalizador afirma que la

información que debió entregar la empresa debió ocurrir cuando se verificó el descenso de las napas del humedal Valle Ancho, el que se habría incrementado de manera considerable luego de la reactivación del proyecto en 2005, después de un período de inactividad en las faenas mineras. Por lo tanto, al momento en que las competencias de la SMA entraron en vigencia -esto es, el 28 de diciembre de 2012- el impacto ya se había configurado y la obligación de informar habría nacido a su respecto.

En cuanto a la obligación de adoptar medidas, la SMA señala que debe distinguirse entre medidas urgentes e inmediatas, de aquellas otras medidas de mediano y largo plazo. En cuanto a las primeras, debieron haber consistido en la detención de la extracción de agua desde los pozos de bombeo. En cuanto a las segundas, señala que consistirían en el levantamiento de información y la elaboración de un conjunto extenso de estudios técnicos, los cuales deben ser coordinados con las autoridades sectoriales.

La medida de detención de extracción de agua, afirma la SMA, se deriva de la vinculación causal que existe entre la extracción de agua y la baja de los niveles freáticos en el sector del humedal Valle Ancho. Esta medida, asegura el órgano fiscalizador, estaría avalada por los principios para la restauración de humedales de la *Environmental Protection Agency* (en adelante, "EPA") de EE.UU, y también por las conclusiones del informe de la DGA 2015, según el cual "[...] existen antecedentes técnicos razonables y suficientes para considerar incompatibles los bombeos desde el campo de pozos Pantanillo con la sustentabilidad en el tiempo de la vega Valle Ancho". Sobre las medidas de restauración, que son de mediano y largo plazo, la SMA cita también a la EPA para señalar que en los programas de reparación se pueden identificar las siguientes etapas: i) caracterización del sitio; ii) identificación de los objetivos; iii) identificación de técnicas de restauración; iv) implementación; y, v) monitoreo.

2. EN CUANTO A LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 571/2016

A. Ilegalidad de la resolución que resolvió la reposición
al pretender implementar de forma inmediata la sanción
sin cumplir con el requisito de la consulta

CMM afirma que, al pretender la SMA implementar de forma inmediata las medidas contempladas en la sanción, sin cumplir previamente con el requisito de la consulta, contemplado en el artículo 57 de la LOSMA, la Resolución Exenta N° 571/2016, que resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N° 234/2016, que impuso la sanción de clausura total de los pozos de extracción, devendría en ilegal.

Afirma CMM que de la lectura de la parte resolutive de la Resolución Exenta N° 571/2016 "[...] puede apreciarse que la SMA intenta asignarle una exigibilidad inmediata a las medidas complementarias impuestas por dicho acto". Lo anterior sería particularmente evidente al señalar la SMA que CMM debe "[...] suspender inmediatamente e indefinidamente la incorporación de cianuro fresco a las pilas".

En otras palabras, todas las modificaciones a la sanción original como consecuencia del acogimiento parcial del recurso de reposición presentado por CMM, se encuentran cubiertas también bajo la aplicación del artículo 57 recién citado; es decir, dichas modificaciones, producto de los lineamientos técnicos que determinaron la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en la implementación de la sanción, "[...] se encuentran suspendidos hasta que no se encuentre ejecutoriada la resolución sancionatoria, ya sea por medio del pronunciamiento judicial definitivo del trámite de consulta ya indicado o por la sentencia ejecutoriada que resuelva el recurso de reclamación al que se encuentra legitimada mi representada en virtud del artículo 56 de la LOSMA".

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Mismo razonamiento esgrime CMM en relación a las medidas de seguimiento y control, al ser éstas accesorias a los lineamientos técnicos de implementación de la sanción de clausura de pozos, por lo que dichas medidas también se encontrarían suspendidas. A pesar de la suspensión de los efectos afirmada por la reclamante, la SMA habría exigido en la Resolución Exenta N° 571/2016 informar la fecha en la que se realizó la última aplicación de cianuro fresco al proceso, y que dicha información "[...] deberá ser remitida en un plazo de 2 días hábiles siguientes, a la notificación de la presente Resolución".

La SMA, por su parte, señala que el titular del proyecto levanta una "ilegalidad vacía", por cuanto nunca se habría desconocido que la sanción requiere del trámite de la consulta para ser ejecutable. Lo anterior habría quedado claramente plasmado en las solicitudes ante el Tribunal, Roles S N° 33-2016, S N° 36-2016, S N° 39-2016 y S N° 41-2016, así como en los informes evacuados en las reclamaciones Roles R N° 111-2016 y R N° 113-2016, además que en la misma Resolución Exenta N° 571/2016, en su resuelto tercero, se dispone, expresamente "Elévese en consulta al Tribunal Ambiental la sanción aplicada". Concluye al efecto, señalando que "Por lo tanto, no es un asunto controvertido que la sanción de clausura no es ejecutable desde el momento en que se dictó la Resolución Exenta N° 571".

Adicionalmente, la SMA señala que es un error la afirmación de la reclamante según la cual los efectos de la Resolución Exenta N° 571/2016 se encuentran suspendidos hasta que se encuentre ejecutoriada la misma, atendido que i) "[...] la sentencia definitiva dictada en sede de reclamo de ilegalidad produce sus efectos desde su notificación [...]; y ii) que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, en el expediente de Rol S N° 41-2016, "[...] reconoció expresamente que en estos casos donde se eleve en consulta una sanción de clausura y la misma sea reclamada, la Resolución Sancionatoria es ejecutable desde la presentación del reclamo, siendo

obligación del sujeto sancionado pedir en dicho acto o en un momento posterior, la suspensión de los efectos de la señalada resolución".

Finalmente, la SMA reconoce que la única parte de la Resolución Exenta N° 571/2016 que pudo haber creado una situación de confusión en la empresa, es aquella que obliga a CMM a informar la última aplicación de cianuro fresco en un plazo de 2 días hábiles siguientes a la notificación de dicha resolución, aclarando, en su informe al Tribunal, que dicho plazo debe computarse desde que la sanción sea ejecutable.

B. Ilegalidad de la resolución que resolvió la reposición al inmiscuirse en la competencia específica de otros órganos de la Administración del Estado

Por otro lado, la reclamante afirma que la Resolución Exenta N° 571/2016 no solo resulta ilegal por exigir de "manera extemporánea" las medidas contempladas en su parte resolutive, sino que en la definición de dichas medidas la SMA se habría extralimitado de sus competencias invadiendo aquellas propias del Servicio Nacional de Geología y Minería (en adelante, "SERNAGEOMIN"), vulnerando de ese modo lo dispuesto en los artículos 5° de la Ley N° 20.551 sobre cierre de faenas mineras, 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y 7° de la Constitución Política de la República.

En específico, señala que los literales i), ii) y v) del resuelvo primero establecen obligaciones de carácter minero, correspondientes a "[...] actividades de estabilización química de instalaciones mineras, proceso que a su vez se enmarca dentro del permiso sectorial de Plan de Cierre de faenas Mineras".

La SMA responde a la reclamante que fue ella misma quien, en su recurso de reposición, solicitó a la SMA "adecuar" la sanción de clausura a la realidad operacional y legal del

proyecto, considerando, entre otras cosas, las necesidades de agua fresca relacionadas con diversas obligaciones contenidas en el Plan de Cierre aprobado por Resolución Exenta N° 1063, de 3 de junio de 2009, del SERNAGEOMIN.

Informa la SMA que durante la reposición se puso en contacto con SERNAGEOMIN y que este organismo en primer término "[...] aclaró que la empresa hizo referencia a un Plan de Cierre que no estaba vigente, ya que la última versión se encontraba aprobada mediante Resolución Exenta N° 2039, de fecha 13 de agosto de 2015".

Señala la SMA que lo que ordenó en la Resolución Exenta N° 571/2016, fue el adelanto de la exigibilidad de ciertas obligaciones para hacerlas compatibles con la sanción de clausura. Por lo tanto, nunca la SMA desconoció las competencias del SERNAGEOMIN sino que, por el contrario, adecuó la sanción sobre la base del contenido del Plan de Cierre de Faenas Mineras aprobado, derivando los nuevos antecedentes al mencionado organismo, "[...] con el fin de que se ajustaran los plazos de ciertas obligaciones contenidas en él, considerando la nueva realidad ambiental de la empresa que le impedía seguir extrayendo agua de pozos para fines productivos [...]".

C. La cantidad de agua otorgada no es correcta según la información técnica proporcionada

Por último, CMM afirma que los requerimientos de extracción de aguas indicados en la Resolución Exenta N° 571/2016 son incorrectos. Que, en efecto, "[...] la SMA tomó los requerimientos de agua estimados para un cierre temporal, de corto plazo, y lo asumió como adecuado para un cierre completo y de largo plazo para toda la faena minera, incluidas las pilas de lixiviación [...]".

Explica que, la cantidad de agua otorgada no es correcta según la información técnica proporcionada por ella misma, si

se tiene en consideración los requerimientos mínimos de agua para una suspensión temporal, indicados en una primera tabla que contiene las necesidades de agua por meses. Asimismo, en lo relativo a requerimientos de agua asociados a un cierre de implementación a largo plazo, CMM detalla en una segunda tabla dicha información.

En relación a lo anterior, CMM concluye que el caudal de agua contenido en la Resolución Exenta N° 571/2016, concedió 14,4 L/s como promedio anual, lo que no le permitiría cumplir con sus obligaciones de cierre ni tampoco garantizar que no se generen contingencias ambientales derivadas de un cierre definitivo.

Señala que, sin perjuicio que el caudal de 39,4 L/s (cantidad que figura en la tabla respectiva) no fue explícitamente indicado por CMM, la SMA determinó la utilización de un caudal que solo puede ser efectivo en el marco de una suspensión temporal, pero no el de un cierre completo a largo plazo "[...] como el que se procedería a ejecutar en el improbable caso que la sanción reclamada quede a firme en los términos planteados por la SMA".

A este respecto, la SMA responde pormenorizadamente mediante una tabla destinada a desvirtuar cada uno de los argumentos de la reclamante, esgrimiendo al efecto cuestiones de orden estrictamente técnico.

3. SOBRE LOS FUNDAMENTOS CIENTÍFICO - TÉCNICOS DE LA SMA PARA PROBAR LA CONFIGURACIÓN DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN

Finalmente, la reclamante señala que al margen de "[...] las razones conforme a las cuales se debe dejar sin efecto la resolución impugnada", existirían una serie de deficiencias metodológicas que cuestionarían los fundamentos científico-técnicos utilizados por la SMA para probar la configuración de la supuesta infracción imputada.

En ese contexto, CMM efectúa un análisis respecto de los fundamentos científicos utilizados por la Autoridad para acreditar que el deterioro de las vegas habría sido causado directa o indirectamente por CMM. A este respecto, la reclamada alega que el nexo causal se basa en supuestos e información incorrecta, y que las conclusiones carecen de sustento técnico.

Afirma que no existen antecedentes científicos que permitan sostener que el bombeo desde los pozos de CMM sea el causante de eventuales disminuciones en los niveles del acuífero en el sector de Valle Ancho; aborda el vínculo entre volúmenes de extracción y niveles de agua subterránea; efectúa un análisis sobre los cambios calculados en los niveles de agua subterránea en el área del Valle Ancho utilizando la Ley de Darcy; trata la materia relativa al gradiente hidráulico y direcciones de flujo; los tiempos de tránsito del cono de depresión desde el bombeo en el campo de pozos de Pantanillo hasta el humedal Valle Ancho; la necesidad de generar mayor información respecto de una serie de variables hidrológicas; inexistencia de evidencia científica respecto a decaimiento de los humedales en los últimos 28 años; y tendencias en la reducción de vigor de vegetación con anterioridad al comienzo de las actividades de CMM en 1996.

Adicionalmente, CMM presenta en su reclamación un apartado sobre el análisis de imágenes satelitales del área afectada en el humedal Valle Ancho. En dicho acápite, se agrega un análisis comparativo realizado por un estudio del Servicio Agrícola y Ganadero, a partir de imágenes de abril de 2013 y febrero de 2014.

Aborda la materia relativa al riesgo inminente de expansión del área afectada a aproximadamente 73 hectáreas, hipótesis que se alega como inexistente y basada en información y metodología equivocada. En particular, se contemplan aspectos asociados a los humedales de control; indicadores hidrológicos para cuantificar la variabilidad del balance

hídrico y su vinculación con el decaimiento de la actividad vegetacional; un análisis de la variación de la actividad de la vegetación usando el índice de vegetación SAVI y estimación de la tasa de cambio en las unidades de vegetación en base al análisis histórico de imágenes satelitales en el humedal de Valle Ancho entre los años 1985 y 2015.

En otro orden de ideas, CMM afirma que hubo imprecisión y deficiencias en la determinación y caracterización del humedal afectado. En esta sección, la reclamante menciona la determinación de la superficie y distribución de los estados de superficie presentes en el humedal; la definición de los tipos y sub-tipos de vegetación; la distribución y tipos de vegetación del humedal de Valle Ancho; análisis comparativo de superficies de acuerdo a clasificación realizada por CONAF-SMA y Biota; e, invalidación de las conclusiones del Informe *Formation 2016*.

Finalmente, según CMM, las conclusiones de la SMA respecto de la configuración de la infracción carecen de sustento científico, por cuanto no sería posible dar por configurada la supuesta infracción, ni legal ni técnicamente.

Por su parte, la SMA, en su informe, destina un apartado sobre la valoración de la prueba y el estándar de prueba aplicado al caso de autos. En este capítulo, la SMA presenta una introducción en torno a la prueba que se ha presentado en el caso, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial; enumeración, descripción y clasificación de los medios de prueba, presentados en la tabla N° 4 respecto a los medios de prueba acompañados durante el procedimiento sancionatorio, y la Tabla N° 5 respecto a los medios de prueba acompañados en la reclamación; valoración de la prueba; credibilidad de la misma; evidencia combinada; y, por último, se refiere al estándar de prueba aplicable.

Luego, la SMA responde los cuestionamientos de CMM relativos al análisis de los fundamentos científico-técnicos

utilizados, en particular, en lo relativo al nexo causal entre CMM y el deterioro de las vegas y la determinación del área afectada en el humedal Valle Ancho y el riesgo de expansión de dicha área a aproximadamente 73 hectáreas.

En efecto, la SMA explica cómo determinó el nexo causal entre las extracciones de agua del campo de pozos y la desecación de las 70 hectáreas del humedal Valle Ancho, con el riesgo de afectación de 73 hectáreas adicionales, destacando la relación entre la actividad del proyecto y la afectación del humedal Valle Ancho, lo que quedó determinado en la Resolución sancionatoria. Asimismo, señala el contexto en el cual ocurre la afectación al humedal Valle Ancho; la extracción de agua por parte del proyecto minero refugio y el efecto sobre las napas subterráneas; los niveles freáticos en el sector del campo de pozos pantanillo; las tendencias históricas en los pozos RA y el análisis de la vinculación entre los descensos en los niveles freáticos y el bombeo de agua desde los pozos RA-1 y RA-2; los antecedentes técnicos que sustentan la susceptibilidad de generación de efectos adversos sobre el acuífero y las vegas del Corredor Biológico Pantanillo Ciénaga-Redonda; y el efecto de la baja de los niveles freáticos en la subsistencia de los humedales.

A continuación, la SMA aborda las alegaciones de CMM en relación a la afectación del humedal Valle Ancho; los aspectos generales sobre configuración de la alteración del medio ambiente en el humedal Valle Ancho en la resolución sancionatoria; la prueba acompañada por CMM en su reclamo de ilegalidad; y, por último, respecto a las alegaciones particulares de CMM sobre la afectación de la vegetación en el humedal Valle Ancho.

CONSIDERANDOS:

Primero. Que, atendidos los argumentos de la reclamante, y las alegaciones y defensas de la reclamada, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes materias:

I. DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y LA DESVIACIÓN PROCESAL

II. DE LAS EVENTUALES ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 571/2016

1. De la eventual ilegalidad por incumplimiento del requisito de la consulta
2. De la eventual ilegalidad de la SMA por "inmiscuirse" en las facultades del SERNAGEOMIN
3. De la eventual ilegalidad en relación a la cantidad de agua otorgada por la SMA en atención a la información técnica proporcionada por la reclamante

I. DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA Y LA DESVIACIÓN PROCESAL

Segundo. Que, constituye un hecho no discutido en autos, que la reclamante presentó ante la SMA un recurso de reposición que, en lo esencial, solicitó la adecuación de la sanción impuesta por la Resolución Exenta N° 234/2016, consistente en la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda.

Tercero. Que, en lo pertinente, la reclamante solicitó, en el recurso de reposición, que se adecuara "[...] la sanción impuesta en los términos que a continuación se exponen"; se "[...] reconsidere su decisión reformulando la sanción impuesta, de tal manera que la nueva sanción permita a CMM dar cumplimiento a sus obligaciones ambientales y mineras, sin poner en riesgo el medio ambiente por la ocurrencia de

algún evento"; y, se "[...] enmiende conforme a derecho, reformulando la sanción impuesta en los términos solicitados más arriba".

Cuarto. Que, la SMA acogió el recurso de reposición mediante Resolución Exenta N° 571/2016, cuyo resuelvo primero señala que *"[...] se adecúa la sanción de clausura definitiva impuesta [...] conforme a los siguientes lineamientos técnicos que determinan la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en la implementación de la sanción"*.

Quinto. Que, el petitorio de la reclamación judicial de CMM, solicita al Tribunal que declare la ilegalidad de la Resolución Exenta N° 234/2016, mediante la cual la SMA sancionó a la reclamante con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua, y la deje sin efecto. El argumento central de su petición, es que la formulación de cargos adolece de falta de precisión y claridad, requisitos que constituirían una garantía para el administrado, contemplada en el artículo 49 de la LOSMA, que dispone que el procedimiento sancionatorio se iniciará con una formulación precisa de los cargos, y que dicha formulación señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción.

Sexto. Que, el Tribunal advierte una diferencia sustancial entre lo pedido en la presente reclamación y el objeto del recurso de reposición planteado en sede administrativa. Lo anterior exige, en concepto de estos sentenciadores, atender al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la luz de la regulación del agotamiento de la vía administrativa de acuerdo a la LOSMA y a la Ley N° 19.880.

Séptimo. Que, el procedimiento administrativo sancionador regulado en la LOSMA, replica el principio contenido en el artículo 54 de Ley N° 19.880 en orden a la no exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa previa, como requisito para acceder a la vía judicial, estableciendo, en

definitiva, un derecho de opción a los sancionados, para impetrar el recurso de reposición antes de acudir a los Tribunales, o bien dirigirse derechamente a éstos. En efecto, el artículo 55 de la LOSMA dispone: "En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución". Por su parte, el artículo 56 del mismo cuerpo legal señala: "Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental".

Octavo. Que, en otras palabras, en caso que el sancionado decida agotar la vía administrativa y con posterioridad acudir a la jurisdicción e interponer el respectivo recurso contencioso administrativo, la revisión que haga el Tribunal debe atenerse a las pretensiones hechas valer en sede administrativa en virtud del denominado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Noveno. Que, al respecto, la doctrina ha señalado que "El carácter revisor de la jurisdicción contenciosa se evidencia en la vinculación entre las pretensiones deducidas en vía judicial y las que se ejercieron frente a la Administración, que impide que puedan plantearse judicialmente cuestiones no suscitadas con anterioridad, en vía administrativa. [...] La distinción entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación corresponde a la diferenciación entre los hechos que identifican las respectivas pretensiones y los fundamentos jurídicos que los justifican, de tal modo que, mientras aquellos no puedan ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la única pretensión ejercida. De nuevo, pues, para determinar si esta negativa del órgano judicial a resolver la referida cuestión de fondo es o no conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva debe

previamente determinarse cuál ha sido la petición formulada ante la Administración y, una vez establecido esto, examinar si la pretensión procesal ejercitada ante la jurisdicción alteró sustancialmente los términos de aquella petición de manera tal que esa cuestión deba calificarse de "nueva", por no haberse planteado previamente ante la Administración, impidiendo que ésta tuviera la posibilidad real de pronunciarse sobre ella. Si efectivamente, se modificó la pretensión, entonces la desestimación del recurso contencioso por tal motivo es conforme al derecho fundamental del art. 24 de la CE" (Cfr. ESCUIN PALOP, Vicente y BELANDO GARÍN, Beatriz, Los Recursos Administrativos, Thomson Reuters, Pamplona, España, 2011, p. 37).

Décimo. Que, en este contexto, analizado el procedimiento administrativo sancionador sustanciado por la SMA, se constata que la reclamante de autos tuvo diversas oportunidades procesales para impugnar o controvertir la formulación de cargos como consecuencia de la supuesta infracción al principio de tipicidad por la falta de claridad y precisión del cargo formulado en su contra por el órgano fiscalizador. En primer término, como dispone el artículo 49 de la LOSMA, una vez notificada la formulación de cargos, el supuesto infractor tuvo un plazo de 15 días para efectuar sus descargos. En relación con lo anterior, durante la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador se contempla la recepción de los medios probatorios que procedan, que en el caso de autos fue abundante. En segundo término, una vez notificada la resolución sancionatoria, la reclamante pudo hacer valer -mediante los recursos administrativos correspondientes, en este caso, el de reposición- la imprecisión del cargo y la eventual infracción al principio de tipicidad, cuestión que en definitiva no ocurrió.

Undécimo. Que, con todos estos elementos, es posible calificar la pretensión hecha valer en sede administrativa por CMM, como de modificación o adecuación de la resolución

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

sancionatoria y no una pretensión anulatoria de la misma. Si bien, a través del recurso de reposición, solicitó dejar sin efecto la resolución sancionatoria, no se cuestionó la legalidad del acto administrativo. En efecto, CMM no alegó respecto de la actuación de la SMA, incompetencia, falta de motivación, arbitrariedad, abuso de potestad discrecional, exceso de poder, infracción de las formalidades procedimentales, desviación de fin, entre otros posibles vicios, sino que, como explica latamente la reclamante, la reposición se funda en la imposibilidad de la implementación de la sanción. Esta diferencia de pretensiones vulnera, tal como lo señala la SMA, el principio de congruencia.

Duodécimo. Que, para estos sentenciadores, resulta manifiesta la disconformidad y falta de congruencia entre lo pedido en sede administrativa y lo solicitado en sede judicial. Lo anterior importa una desnaturalización del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa administrativa, que se erige fundamentalmente como un juicio al acto. En efecto, lo anterior encuentra sustento normativo en el artículo 29 de la Ley N° 20.600 que dispone, en lo pertinente: "El informe, que se limitará a consignar los fundamentos y motivos en los que el acto administrativo se basa, deberá emitirse en el plazo de diez días" (destacado del Tribunal). En otras palabras, el objeto del proceso está dado por la pretensión de la reclamante y los fundamentos en los que el acto administrativo se basó, siendo este el marco dentro del cual debe resolver el Tribunal.

Decimotercero. Que, a juicio del Tribunal, el análisis del expediente permite concluir que ante esta sede, CMM ha planteado una pretensión distinta y desvinculada de aquella contenida en el recurso de reposición interpuesto ante la SMA. En efecto, mientras en sede administrativa se pidió la adecuación o modificación de la sanción de clausura definitiva de los pozos de extracción de agua, contenida en la Resolución Exenta N° 234/2016, ante esta judicatura la reclamante de autos solicita la declaración de ilegalidad de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

dicha resolución, fundamentada, en lo particular, en la falta de precisión del cargo formulado, infringiendo el principio de tipicidad. Lo anterior importa la petición de una cuestión nueva, configurándose lo que la doctrina y jurisprudencia comparada denominan "desviación procesal", doctrina que ha sido sostenida por el Tribunal en sentencias Rol R N° 101-2016 y Rol R N° 131-2016.

Decimocuarto. Que, la desviación procesal ha sido extensamente tratada en la jurisprudencia contencioso administrativa española, aclarando al respecto que "[...] de acuerdo con el carácter revisor de esta jurisdicción, el acto o actos previos de la Administración, a la vez que exigencia ineludible de este proceso, constituye la base o soporte necesario sobre el que giran las pretensiones de las partes y en razón del principio dispositivo, son las pretensiones de las partes en relación con el previo acto administrativo las que acotan y fijan los límites del contenido del proceso así como el ámbito en que ha de moverse. [...] también habrá desviación procesal cuando se introduzca en el procedimiento contencioso administrativo una pretensión nueva, ya sea en fase de demanda o de conclusiones, siempre que aquella pretensión no se haya planteado en vía administrativa, privando a la Administración demandada de su conocimiento y de la posibilidad de acogerla o denegarla" (Sentencia 00709/2015 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias). En el mismo sentido, se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, STS 1485/2017, STS 426/2017 y STS 5603/2016.

Decimoquinto. Que, resulta pertinente tener en cuenta que la desviación procesal está relacionada con el principio de congruencia. En cuanto a este último, el Tribunal se pronunció en sentencia Rol R N° 131-2016, señalando que "[...] una infracción al principio de congruencia, de acuerdo con la jurisprudencia, exige la falta de correspondencia entre la sentencia y el objeto del proceso, evitando, de esta forma, desajustes entre el fallo judicial y los términos en que las

partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos de lo pedido, o bien una cosa distinta. En este sentido la Corte Suprema se ha pronunciado en diversas ocasiones, como por ejemplo, en sentencia Rol N° 25.931-2014, considerando Décimo tercero (considerando decimocuarto). Como se advierte, esta relación es manifiesta por cuanto ambos institutos se desarrollan en torno a las pretensiones y a la causa de pedir, es decir, en torno al objeto del proceso.

Decimosexto. Que, en razón de lo expuesto precedentemente, en particular la falta de congruencia entre la reclamación de autos y lo solicitado en la reposición administrativa; el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa; y, habiéndose, por consiguiente, configurado una desviación procesal, la pretensión respecto de la Resolución Exenta N° 234/2016 será desestimada.

II. DE LAS EVENTUALES ILEGALIDADES DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 571/2016

Decimoséptimo. Que, a continuación, se revisarán las eventuales ilegalidades de la Resolución Exenta N° 571/2016 alegadas por la reclamante, esto es: i) el incumplimiento del requisito de la consulta; ii) la "inmiscución" de la SMA en las facultades del SERNAGEOMIN; y iii) el error en el cálculo de la cantidad de agua otorgada por la SMA en atención a la información técnica proporcionada por la reclamante.

Decimooctavo. Que, la Resolución Exenta N° 571/2016 resolvió el recurso de reposición deducido por CMM, acogiéndolo, en lo pertinente, en los siguientes términos: "**PRIMERO:** [...] se adecúa la sanción de clausura definitiva impuesta mediante la R.E. N° 234, de fecha 17 de marzo de 2016, conforme a los siguientes lineamientos técnicos que determinan la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en la implementación de la sanción: **i) Suspensión de incorporación de cianuro a las pilas** [...]. Para efectos de implementar las acciones de cierre

y/o paralización informadas, debido a la imposibilidad con contar con fuentes alternativas de agua, y así prevenir los riesgos operacionales y ambientales ya individualizados, se requiere comenzar con el lavado de la pila de lixiviación cuyo fin principal es abatir el cianuro contenido en ella, para lo cual, es necesaria la utilización de agua fresca. [...]. **ii) Inicio del lavado.** [...] Para estos efectos solo se podrá extraer de los pozos RA1 y RA2 el agua estrictamente necesaria, la que en conformidad con la información presentada, corresponde al caudal que permite compensar las pérdidas por evaporación y abastecer a los trabajadores. [...]. **iii) Cantidad de agua requerida.** Dado lo señalado anteriormente, para efectos del lavado de las pilas, CMM deberá extraer desde los pozos RA1 Y RA2 un caudal promedio mensual que no podrá superar los señalado en "pérdidas de evaporación" en la Tabla anterior para cada mes. Adicionalmente el Titular podrá extraer 1 L/s adicional a afectos de abastecer los requerimientos de los trabajadores que permanecen en faena. [...]. **iv) Periodo de lavado.** El caudal autorizado no es por un tiempo ilimitado, sino sólo por el periodo que se requiere para el lavado de las pilas. [...]. **v) Límite objetivo de cianuro en las pilas.** [...] **SEGUNDO:** [...] **ii)** CMM deberá informar la fecha en la que se realizó la última aplicación de cianuro fresco al proceso, a partir de la cual se entiende por suspendida indefinidamente dicha aplicación. Dicha información deberá ser remitida en un plazo de 2 días hábiles siguientes, a la notificación de la presente Resolución. [...] **TERCERO: Elévese en consulta al Tribunal Ambiental la sanción aplicada.** [...]. **SEXTO: Póngase este acto en conocimiento del Servicio Nacional de Geología y Minería.** En virtud de lo dispuesto en la parte considerativa de la presente Resolución y en virtud de ser el organismo sectorial competente en materia de evaluación y aprobación de Planes de Cierre de Faenas Mineras, dérivese la presente resolución y todos los antecedentes del presente acto al Servicio Nacional de Geología y Minería para los fines que estime pertinentes, particularmente para efectos de determinar la aplicabilidad y procedencia de una revisión y

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

actualización de los Planes de Cierre actualmente vigentes con respecto al proyecto Refugio de CMM. [...] (destacado en el original).

1. De la eventual ilegalidad por incumplimiento del requisito de la consulta

Decimonoveno. Que, la reclamante afirma que la Resolución Exenta N° 571/2016, "[...] adolece de ilegalidad al tratar de exigir de manera inmediata la implementación de una serie de medidas relacionadas al cierre del proyecto minero [...], soslayando el efecto legal de la suspensión propio del trámite de la consulta contemplado en el artículo 57 de la LOSMA para este tipo de sanciones". Señala que las "[...] modificaciones a la sanción original se encuentran cubiertas bajo la aplicación del artículo 57 de la LOSMA en virtud del cual, se suspende la exigibilidad de las sanciones hasta que el Tribunal Ambiental competente se pronuncie respecto de la legalidad de la sanción impuesta". Por consiguiente, en su concepto, todos los lineamientos técnicos contemplados en la Resolución Exenta N° 571/2016 se encontrarían suspendidos "[...] hasta que no se encuentre ejecutoriada la resolución sancionatoria, ya sea por medio del pronunciamiento judicial definitivo del trámite de la consulta ya indicado o por la sentencia ejecutoriada que resuelva el recurso de reclamación al que se encuentra legitimada mi representada en virtud del artículo 56 de la LOSMA".

Vigésimo. Que, lo anterior se acreditaría, a juicio de CMM, con el error de la SMA al exigir "[...] informar la fecha en la se realizó la última aplicación de cianuro fresco al proceso", y que "Dicha información deberá ser remitida en un plazo de 2 días hábiles siguientes, a la notificación de la presente Resolución".

Vigésimo primero. Que, por su parte, para la SMA la reclamante de autos estaría levantando una "ilegalidad vacía", por cuanto ella sabría que el órgano fiscalizador

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

reconoce que la sanción requiere del trámite de la consulta para ser ejecutable, postura que se revelaría del contenido de las causas seguidas ante este Tribunal Rol S N° 33-2016 y Rol S N° 39-2016, así como en los informes evacuados en las reclamaciones Roles R N° 111-2016 y R N° 113-2016, todas causas relativas al mismo proyecto en cuestión. Señala que incluso la misma Resolución Exenta N° 571/2016, en su resuelto tercero, ordena elevar en consulta al Tribunal Ambiental la sanción establecida en la Resolución Exenta N° 234/2016.

Vigésimo segundo. Que, sin perjuicio de lo anterior, la SMA admite que aquella parte resolutive de la resolución impugnada que dispone la obligación de informar la última aplicación de cianuro en un plazo "[...] de 2 días hábiles siguientes, a la notificación de la presente Resolución", pudo haber creado una situación de confusión a CMM. Aclara, sin embargo, que dicho plazo debe computarse desde el momento que la sanción sea ejecutable.

Vigésimo tercero. Que, en cuanto a esta parte de la controversia, es posible distinguir dos cuestiones jurídicas relacionadas. En primer lugar, aquella argumentación que se dirige a afirmar la obligatoriedad del trámite de la consulta respecto de la sanción adecuada por la Resolución Exenta N° 571/2016. En segundo lugar, que los "lineamientos técnicos" ordenados por la SMA en la resolución recién citada, se encontrarían suspendidos hasta no haber sentencia ejecutoriada que resuelva el recurso de reclamación.

Vigésimo cuarto. Que, en relación a lo primero, cabe señalar que el 24 de julio de 2016, la SMA ingresó al Tribunal escrito elevando en consulta la resolución sancionatoria adecuada -en virtud del recurso de reposición impetrado por CMM- mediante la Resolución Exenta N° 571/2016 (Rol C N° 6-2016). Es decir, una vez resuelto y notificado el recurso de reposición, la SMA cumplió con lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSMA, dando curso al trámite de la consulta respecto de la sanción impuesta.

Vigésimo quinto. Que, respecto de lo segundo, esto es lo relativo a la suspensión de los efectos de la Resolución Exenta N° 571/2016, que contiene los "lineamientos técnicos" ordenados por la SMA hasta la ejecutoriedad de la presente sentencia, es necesario tener en cuenta lo dictaminado por el Tribunal respecto de la solicitud de pronunciamiento de la reclamante de fojas 590, la reposición de fojas 603 y la solicitud de suspensión de los efectos de las dos resoluciones exentas objeto de autos, de fojas 775, así como de lo resuelto en la causa Rol S N° 41-2016. Al respecto, el Tribunal se ha pronunciado consistentemente en el sentido que los actos administrativos sancionatorios de la SMA producen sus efectos desde su notificación, salvo que se trate de la sanción de multa o de la revocación y clausura, cuando -estas últimas- están siendo conocidas en consulta por el Tribunal competente.

Vigésimo sexto. Que, al respecto cabe señalar que el Tribunal resolvió, de oficio, el 13 de julio de 2016, en la causa Rol C N° 6-2016 sobre la consulta de la sanción impuesta, no pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo en cuestión por haber perdido objeto la consulta, atendido que el sancionado reclamó judicialmente, de conformidad con el artículo 56 de la LOSMA, en contra de la sanción y de la resolución que modificó o adecuó la misma. Por consiguiente, terminado el proceso de consulta, la resolución sancionatoria fue inmediatamente exigible, por cuanto no se trataba de una sanción de multa sino de clausura de los pozos de extracción de agua, cuyo objetivo y bien jurídico protegido, era el medio ambiente, en concreto, los humedales que forman parte del Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda.

Vigésimo séptimo. Que, en cuanto al deber de informar sobre la última aplicación de cianuro fresco al proceso, a los dos días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución Exenta N° 571/2016, y teniendo presente lo informado por la SMA al Tribunal, solo cabe señalar que en efecto se trata de

un vicio de ilegalidad no invalidante, en virtud del principio de trascendencia y de conservación de los actos administrativos, tal como lo ha señalado el Tribunal en las sentencias Rol R N° 72-2015, Rol R N° 88-2015, Rol R N° 101-2016.

Vigésimo octavo. Que, atendidas las consideraciones antes señaladas, la pretensión de la reclamante en relación con el trámite de la consulta y la exigibilidad de la sanción, será desestimada.

2. De la eventual ilegalidad de la SMA por "inmiscuirse" en las facultades del SERNAGEOMIN

Vigésimo noveno. Que, la reclamante afirma que la SMA, en la definición de las medidas impuestas en la Resolución Exenta N° 571/2016, referida a los "lineamientos técnicos", se habría extralimitado "[...] de sus competencias invadiendo aquellas propias del Servicio Nacional de Geología y Minería". Las obligaciones consistentes en la estabilización química de parte de las instalaciones mineras, comprendidas en los literales i), ii) y v) del resuelvo primero de la Resolución Exenta N° 571/2016, se enmarcarían, a su juicio, dentro del permiso sectorial de Plan de Cierre de Faenas Mineras, de competencia de SERNAGEOMIN según se desprendería del artículo 5° de la Ley N° 20.551 que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras. Con ello, la SMA habría infringido el artículo 7° de la Constitución Política de la República, lo que supondría la nulidad de todo acto en contravención al mismo.

Trigésimo. Que, por su lado, la SMA señala que fue la reclamante quien en su recurso de reposición solicitó al órgano fiscalizador adecuar la sanción de clausura a la realidad operacional y legal del proyecto, considerando, entre otras cosas, las necesidades de agua fresca relacionadas con diversas obligaciones contenidas en el Plan de Cierre aprobado por Resolución Exenta N° 2039, de 13 de

agosto de 2015, de SERNAGEOMIN. Afirma, además, que durante la sustanciación del recurso de reposición, se puso en contacto con dicho organismo y que lo que ordenó en la Resolución Exenta N° 571/2016 fue el "adelanto" de la exigibilidad de ciertas obligaciones para hacerlas compatibles con la sanción de clausura. El resuelto sexto de la Resolución Exenta N° 571/2016, ordena lo siguiente: "Póngase este acto en conocimiento del Servicio Nacional de Geología y Minería. En virtud de lo dispuesto en la parte considerativa, [...] derívase la presente resolución [...] para los fines que estime pertinente, particularmente, para efectos de determinar la aplicabilidad y procedencia de una revisión y actualización de los Planes de Cierre actualmente vigentes con respecto al proyecto Refugio de CMM". Por lo tanto, en su concepto, nunca desconoció las competencias del SERNAGEOMIN sino que, por el contrario, adecuó la sanción sobre la base del contenido del Plan de Cierre de Faenas Mineras aprobado.

Trigésimo primero. Que, para resolver la presente controversia es necesario revisar la normativa aplicable. El artículo 1° de la Ley N° 20.551, que establece el ámbito de aplicación de la ley de cierre de faenas mineras, dispone que "El cierre de las faenas de la industria extractiva minera se regirá por esta ley, sin perjuicio de lo establecido en las demás normas que resulten aplicables en los ámbitos específicos de su competencia" (destacado del Tribunal).

Trigésimo segundo. Que, el artículo 4° del mismo cuerpo legal dispone que "La aprobación que realizare el Servicio al plan de cierre, en conformidad a lo dispuesto en la presente ley, constituirá un permiso sectorial para todos los efectos legales. El plan de cierre original deberá ser elaborado en conformidad con la resolución de calificación ambiental previamente aprobada, de forma tal de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de reparación, mitigación o compensación diversas a las prescritas por esta ley, respecto de los predios superficiales, en conformidad a la ley N°

19.300 y la normativa ambiental aplicable. La empresa minera no podrá iniciar la operación de la faena minera sin contar, previamente, con un plan de cierre aprobado en la forma prescrita en esta ley" (destacado del Tribunal). Por su parte, el artículo 5° inciso 1° de la ley en comento, relativo a la Autoridad competente y sus funciones, señala que "El Servicio es el órgano de la Administración del Estado encargado de revisar y aprobar sectorialmente los aspectos técnicos de los planes de cierre de faenas mineras y sus actualizaciones, como asimismo velar por el cumplimiento de las obligaciones de la empresa minera causadas por los planes de cierre aprobados. Tendrá las facultades de supervigilancia y fiscalización que establece la ley".

Trigésimo tercero. Que, otras disposiciones atinentes de la ley de cierre de faenas mineras para el caso en concreto, son aquellas que se refieren a la modificación del plan de cierre. En particular, las del Título V de la ley que se titula "Actualización del plan de cierre y paralización temporal de operaciones". En específico, resulta relevante tener a la vista lo dispuesto en el artículo 22, según el cual "Todo plan de cierre aprobado por el Servicio deberá ser actualizado durante la operación minera en cuanto a su programación de ejecución, de manera de ser implementado progresiva e íntegramente por la empresa minera o por un tercero por cuenta de ella de acuerdo al avance efectivo del proyecto. Con el mérito del informe de auditoría y de lo resuelto a su respecto por el Servicio, la empresa minera deberá proceder a la actualización de su plan de cierre. Las modificaciones a la fase de cierre, que se consignaren en una resolución de calificación ambiental, obligan a la modificación del plan de cierre respectivo, en conformidad a lo establecido en la ley N° 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Las actualizaciones de los planes de cierre incluirán, materializarán y concretarán progresivamente, para todos los efectos legales, los objetivos ambientales contenidos en la

resolución de calificación ambiental del proyecto para la fase de cierre" (destacado del Tribunal).

Trigésimo cuarto. Que, por su parte, el artículo 2° de la LOSMA señala: "La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, conservarán sus competencias y potestades de fiscalización, en todas aquellas materias e instrumentos que no sean de competencia de la Superintendencia. Los organismos sectoriales que cumplan funciones de fiscalización ambiental, deberán adoptar y respetar todos los criterios que la Superintendencia establezca en relación a la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, pudiendo solicitar a ésta que se pronuncie al respecto" (destacado del Tribunal).

Trigésimo quinto. Que, por último, cabe tener presente también lo dispuesto en el artículo 137 inciso 2° del Decreto Supremo N° 40, Ministerio Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que señala: "El permiso para la ejecución del plan de cierre de una faena minera, será el establecido en el artículo 6° de la Ley 20.551, de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras".

Trigésimo sexto. Que, a juicio del Tribunal, las disposiciones transcritas expresan claramente el deber de coordinación que debe existir entre los órganos y servicios del Estado; principio contemplado en el artículo 3° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En este contexto, el plan de cierre de faena minera -que de acuerdo con las normas citadas es un permiso ambiental sectorial mixto- se encuentra sujeto

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

a la normativa ambiental. En efecto, las modificaciones que pueda sufrir el plan, están íntimamente vinculadas con la RCA respectiva, al punto que si un proyecto requiere de una nueva RCA, y ella influye en el plan de cierre, será obligatorio su modificación o adecuación, conforme a lo establecido en la Ley N° 20.551.

Trigésimo séptimo. Que, teniendo en cuenta la relación establecida por el legislador entre lo ambiental y los planes de cierre de faenas mineras de competencia de SERNAGEOMIN, es necesario concluir que el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA es uno de aquellos casos que, cuando corresponda, supondrá la modificación del plan de cierre respectivo. En ese sentido y aplicando el principio de coordinación antes citado, la resolución impugnada en autos expresamente remite los antecedentes al SERNAGEOMIN para los efectos que éste estime pertinente. Por consiguiente, para estos sentenciadores, la SMA no se "inmiscuyó" -como señala la reclamada- en las competencias de dicho servicio sino que, por el contrario, cumplió con su obligación de informarle las modificaciones a la sanción original para que éste adopte lo que en derecho corresponda. En efecto, será el Servicio sectorial, que en uso de sus competencias, deberá decidir la actualización del Plan de Cierre, tomando en cuenta lo resuelto en el marco del procedimiento sancionatorio de la SMA. Por estas razones, la pretensión de la reclamante a este respecto será desestimada.

3. De la eventual ilegalidad en relación a la cantidad de agua otorgada por la SMA en atención a la información técnica proporcionada por la reclamante

Trigésimo octavo. Que, en tercer lugar, la reclamante afirma que "Los requerimientos de extracción de aguas indicados en la Resolución Exenta N° 571 son incorrectos". Al respecto afirma que "[...] la SMA tomó los requerimientos de agua estimados para un cierre temporal, de corto plazo, y lo asumió como adecuado para un cierre completo y de largo plazo

para toda la faena minera, incluidas las pilas de lixiviación [...]”.

Trigésimo noveno. Que, en la explicación contenida en su libelo, la reclamante señala que con motivo de determinadas medidas urgentes y transitorias (MUT) adoptadas por la SMA - en el tiempo que medió entre la resolución sancionatoria y la resolución que resolvió el recurso de reposición y que concluyó modificando la primera-, entregó al órgano fiscalizador la información solicitada mediante la Resolución Exenta N° 415, de 10 de mayo de 2016, específicamente, el documento preparado por la consultora Knight Piésold en donde constan los requerimientos mínimos de agua necesaria en el contexto de la clausura temporal -total y parcial, respectivamente- del sector de pozos de extracción de aguas, clausura que, como se explicó anteriormente, fue impuesta a través de las MUT consagradas en el artículo 3° letra h) de la LOSMA.

Cuadragésimo. Que, CMM señala que “[...] en lo relativo a los requerimientos de agua asociados a un cierre a ser implementado a largo plazo, se hace presente que con fecha 13 de mayo de 2016, la SMA emite una Resolución Exenta N° 424, requiriendo al efecto, en calidad de urgente, una serie de antecedentes técnicos asociados al requerimiento formulado en el recurso de reposición [...]. En respuesta a dicho requerimiento, CMM presentó la documentación solicitada “[...]”, detallando dichos requerimientos conforme con la siguiente tabla. Al efecto, los requerimientos promedian un caudal de 39,4 l/s”. A renglón seguido, la reclamante afirma que “[...] sin perjuicio de que el caudal de 39,4 l/s no fuese explícitamente indicado por CMM [...] la SMA determinó, en el marco de la Res. Ex. N° 571, la utilización de un caudal que sólo puede ser efectivo (permitiendo el cumplimiento de obligaciones y previniendo contingencias) en el marco de una suspensión temporal, mas no el de un cierre completo a largo plazo como el que se procedería a ejecutar en el improbable evento que la sanción reclamada quede a firme en los términos planteados por la SMA”.

Cuadragésimo primero. Que, por todo lo anterior, para la reclamante es "[...] forzoso concluir el manifiesto error en el actuar de la SMA, toda vez que el caudal de agua contenido en la Resolución Exenta N° 571 (14,4 l/s como promedio anual), no permitiría a CMM cumplir cabalmente con sus obligaciones de cierre de conformidad con las autorizaciones ambientales y sectoriales de su titularidad, como tampoco generada como consecuencia de un cierre definitivo ejecutado en los términos indicados por dicha entidad".

Cuadragésimo segundo. Que, la reclamada, por su parte, afirma en su informe que "[...] en ningún momento la SMA ha señalado que el cierre que debe realizar la empresa se refiere a todas las instalaciones del Proyecto, sino que -precisamente- se especificó que el mismo dice relación con el cierre químico de las pilas de lixiviación [...], para gestionar eficazmente los riesgos identificados durante el procedimiento sancionatorio así como aquellos riesgos indicados por la reclamante "[...] en sus presentaciones con posterioridad a la dictación de la primera MUT [...]".

Cuadragésimo tercero. Que, la SMA señala en relación al cierre de la faena en el largo plazo y para la totalidad de sus instalaciones, que éste "[...] deberá ser determinado por el SERNAGEOMIN, quien tomó conocimiento de lo obrado por la SMA [...]. Dicho servicio deberá, en el caso que así lo estime, proceder a una revisión y actualización de los Planes de Cierre actualmente vigentes con respecto al Proyecto Minero Refugio de CMM"; afirmación que reitera lo dispuesto en el resuelvo Sexto de la Resolución Exenta N° 571/2016, objeto de autos.

Cuadragésimo cuarto. Que, la SMA, en relación al período de tiempo autorizado para la extracción de agua, señala que "[...] la Resolución Exenta N° 571/2016, considera el escenario a largo plazo, ya que define los caudales a extraer en función de las pérdidas por evaporación mensuales que son necesarias reponer en el sistema de manejo de soluciones de

la pila y, por lo tanto, reconoce el propio escenario anual, diferenciado por meses, presentado por la empresa".

Cuadragésimo quinto. Que, por otro lado, en relación al caudal solicitado extraer (39,4 L/s, según CMM), la reclamada afirma que la cantidad otorgada mediante la resolución impugnada en autos "[...] sólo considera la actividad de estabilización química de las pilas (lavado) sobre la base de los argumentos previamente expresados, a los que complementariamente se añade el caudal necesario para abastecer los requerimientos de los trabajadores que permanecen en la faena, en relación con la actividad de lavado [...]", y que "[...] para definir los caudales de extracción asociados a la estabilización química de las pilas, se usó la información proporcionada por la empresa [...]" contenida en el documento de la consultora Knight Piésold antes citado. En relación a la supuesta insuficiencia del caudal autorizado para cumplir con las obligaciones de cierre de conformidad con el plan de cierre, la SMA aclara que el promedio anual resultante otorgado fue de 19,2 L/s y no 14,4 L/s como señala la reclamada. Finalmente, la reclamada afirma que "[...] respecto de los otros consumos asociados [...], relacionados con las instalaciones industriales, comunidades, caminos, y recuperación asociadas a otras actividades de cierre, no fueron consideradas por la SMA dado que sólo se pretendía otorgar el caudal mínimo necesario para realizar el cierre químico de las pilas [...]".

Cuadragésimo sexto. Que, a juicio del Tribunal, es necesario definir con precisión la controversia, por cuanto diversos argumentos, alegaciones y defensas de las partes se refieren a cuestiones conexas, que no se relacionan con la resolución impugnada, sino que involucran otros actos administrativos, lo que dificulta identificar con exactitud el o los vicios de ilegalidad alegados. En este contexto, a juicio del Tribunal, la pretensión de CMM se dirige en contra del caudal de agua autorizado extraer, según lo resuelto en el recurso de reposición. Sin embargo, la reclamante vincula la resolución sancionatoria, la resolución que resolvió el recurso de

reposición y el plan de cierre, sugiriendo que en virtud de este último la SMA debió autorizar extraer más agua para así poder ejecutar el cierre completo, y de largo plazo, de toda la faena minera, incluidas las pilas de lixiviación. En cambio, la SMA señala que el caudal autorizado extraer solo tiene relación con el cierre de una parte de las instalaciones, esto es, lo relativo a las pilas de lixiviación.

Cuadragésimo séptimo. Que, a juicio de estos sentenciadores, tal como se señaló precedentemente, será SERNAGEOMIN, en uso de sus competencias, quien deba decidir la actualización y modificación del Plan de Cierre, tomando en consideración lo acontecido en el marco del proceso sancionatorio seguido ante la SMA, particularmente, lo establecido en la resolución que resuelve el recurso de reposición, autorizando la extracción de agua, que varía mensualmente en atención a los niveles de evaporación, hasta el total lavado de las pilas de lixiviación o estabilización química de las mismas.

Cuadragésimo octavo. Que no obstante lo anterior, a juicio del Tribunal, es preciso referirse a la fundamentación de la resolución que resolvió el recurso de reposición, en especial respecto de los cálculos de los caudales autorizados extraer, y si éstos fueron realizados con la debida información.

Cuadragésimo noveno. Que, sobre el particular, resulta conveniente explicar que la adición de agua fresca al sistema de recirculación de las pilas se hace necesaria debido a la reducción del volumen que ocurre por evaporación. Esta pérdida de agua produce una reducción en el caudal de agua recirculada, lo cual puede tener como consecuencia el congelamiento del sistema, lo que a su vez se traduce en un riesgo ambiental por pérdida de control de las soluciones que contienen cianuro y su potencial liberación al medio ambiente. Cabe mencionar, asimismo, que el volumen mínimo de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

solución es determinado sobre la base de las especificaciones técnicas del proveedor del sistema de recirculación y que la evaporación desde el sistema está determinada principalmente por la superficie de las pilas de lixiviación.

Quincuagésimo. Que, cabe tener presente que la SMA, para calcular los requerimientos de agua solicitada por la reclamante en el recurso de reposición, tuvo en consideración -en función del análisis efectuado de la información acompañada por las partes, así como la documentación original analizada por el órgano fiscalizador y provista por la reclamante- solo lo concerniente a la estabilización química de las pilas.

Quincuagésimo primero. Que, en particular, del análisis de esta información se desprende que el caudal autorizado en la Resolución Exenta N° 571/2016, en su resuelvo primero, literal ii), no corresponde a 14,4 L/s como afirma la reclamante, sino que se autorizaron consumos mensuales diferenciados de acuerdo a la evaporación estimada para cada mes. Sin embargo, al calcular el promedio anual de los valores mensuales autorizados, este efectivamente corresponde a lo consignado en el informe evacuado por la SMA, esto es, 19,2 L/s, sin que esto en sí mismo constituya una autorización para extracciones sobre la base de un promedio anual, puesto que lo que se autorizó son promedios mensuales. Cabe agregar, además, que dicho valor mensual incluye, en forma independiente, lo necesario para el consumo humano de los trabajadores (1 L/s).

Quincuagésimo segundo. Que, asimismo, del análisis de la información disponible, y con respecto a la información contenida en la Tabla 2 de la reclamación en la que CMM da cuenta que las necesidades mínimas de agua para su proyecto alcanzan a 39,4 L/s, el Tribunal ha constatado errores de cálculo consistentes en la inclusión de valores duplicados, lo cual aumenta el valor estimado en 4,9 L/s, puesto que las cantidades correspondientes a "Campamento", "Área Industrial (Instalaciones)" y "Comunidades y Caminos", singularizadas en

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

dicha tabla, están además incluidas en "Actividades de remoción de instalaciones y restablecimiento de caminos", todas las cuales corresponden al Anexo G "Volúmenes Mínimos Agua Personas y Control de Emisiones". Por lo tanto, el valor corregido corresponde a 34,5 L/s.

Quincuagésimo tercero. Que, por otra parte, en la misma tabla, el valor asociado al lavado de pilas es de 22,1 L/s, distinto del valor anual promedio autorizado sobre la base de la información presentada por la reclamante (19,2 L/s) en informe técnico elaborado por la consultora *Knight Piésold*. En dicho informe se presenta una estimación mensual de "[...] la cantidad mínima absoluta necesaria para suministrar al personal en sitio y para evitar que el sistema de agua fresca se congele". Aun cuando las fuentes de los datos no están declaradas y la descripción de las metodologías de cálculo es insuficiente, permiten reproducir los valores entregados. En este contexto, la forma de obtención del valor contenido en la Tabla 2 (22,1 L/s), no se encuentra suficientemente justificada, y el área total de las pilas utilizada para los cálculos es de 387.500 m², valor que no corresponde al presentado en el informe de *Knight Piésold* (346.500 m²). Finalmente, el valor de 22,1 L/s de la Tabla 2 incluye 1,7 L/s evaporados desde las piscinas de operación que la reclamante calcula sobre la base de un área de piscinas de operación (32.900 m²) que es más del doble del presentado en el informe de *Knight Piésold* (14.116 m²) y aplicando una tasa de evaporación igual a la utilizada en las pilas de lixiviación sin una justificación técnica que lo avale. Cabe mencionar que dichas piscinas cuentan con sistemas para reducir la evaporación. Por lo tanto, no es posible acreditar la validez de los datos presentados en la Tabla 2, con respecto a los gastos por "Lavado de pilas".

Quincuagésimo cuarto. Que, asimismo, en relación a la justificación y pertinencia de los valores consignados en la Tabla 2 antes mencionada, cabe tener presente que las actividades del Anexo G "Volúmenes Mínimos Agua Personas y

Control de Emisiones", corresponden a actividades asociadas al cierre total de la faena minera -tales como la remoción de las instalaciones-, las que no fueron tenidas en cuenta por la SMA debido a que la sanción requirió de una adecuación parcial y temporal en función al lavado de las pilas de lixiviación. Los valores del Anexo G se entenderían justificados bajo un escenario de cierre normal de la faena minera, sin considerar las infracciones y efectos determinados en la resolución sancionatoria. Debido a esto último, la asignación de recursos hídricos adicionales solicitada por la reclamante de autos no resultaba pertinente en el marco del procedimiento sancionatorio materia de autos.

Quincuagésimo quinto. Que, en consecuencia, puesto que la estimación del valor de 22,1 L/s no fue respaldada de manera adecuada, y el resto de las actividades descritas en la Tabla 2 corresponden a actividades asociadas al cierre total, la SMA no contaba con información que permitiera desvirtuar su decisión de asignar caudales de extracción mensuales y acotados al cierre de las pilas operativas al momento de la sanción.

Quincuagésimo sexto. Que, en definitiva, teniendo en consideración lo señalado precedentemente, estos sentenciadores concluyen que el cálculo del caudal de agua a extraer autorizado por la SMA -que se realizó con información aportada por CMM-, fue debidamente fundamentado, razón por la cual la pretensión de la reclamante a este respecto será desestimada.

Quincuagésimo séptimo. Que por ser incompatible con lo resuelto, no se emitirá pronunciamiento sobre las restantes alegaciones.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 17 N° 3, 18 N° 3, 25, 27 y 29 de la Ley N° 20.600; 2°, 35, 36, 38, 55 y 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; 11, 16 y 41 de la Ley N° 19.880, y en las demás disposiciones citadas pertinentes,

SE RESUELVE:

1.- **Rechazar** la reclamación deducida por Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga, en contra de las Resoluciones Exentas N° 234, de 17 de marzo de 2016, y N° 571, de 23 de junio de 2016, ambas dictadas por el Superintendente del Medio Ambiente, en virtud de las cuales se sancionó a la reclamante con la clausura definitiva del sector de pozos de extracción de agua, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

2.- **No condenar en costas** a la reclamante, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol R N° 118-2016



Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por sus Ministros señor Rafael Asenjo Zegers, señor Sebastián Valdés De Ferari y señora Ximena Insunza Corvalán.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Redactó la sentencia la Ministra señora Ximena Insunza Corvalán.

No firma el Ministro Valdés De Ferari no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado en sus funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales.

En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, el Secretario Abogado señor Rubén Saavedra Fernández, notificando por el estado diario la resolución precedente.

